Die Schuldübernahme als Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans Gerber

Gerichtsreferendar aus Grimma i. Sa.

Marburg 1930

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig

1930

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Prof. Dr. Franz Leonhard

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 27. Mai 1930

Meinen Eltern

Inhalt.

		Seite
§ 1.	Die Schuldübernahme des § 415 im Verhältnis zu der des § 414 BGB. und ihre Rechtswirkungen	1
§ 2.	Übersicht über die hinsichtlich der Rechtsnatur der Schuldübernahme aufgestellten Theorien	2
§ 3.	Die Verfügungstheorie und der Begriff der Verfügung	3
§ 4.	Die Verfügung in der Vereinbarung des § 415 BGB.	5
§ 5.	Vornahme der Verfügung durch Nichtberechtigte im eigenen Namen	7
§ 6.	Die Angebotstheorie	10
§ 7.	Die Rückwirkung der Genehmigung	13
§ 8.	Die Vertretungstheorie	18
§ 9.	Die übergegangene Urschuld als Verpflichtungsgegenstand des Übernehmers. Neuschuld mit der Urschuld identisch	21
§ 10.	Die Doppelgeschäftstheorie	25

Schrifttum.

I. Lehrbücher.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1922.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgem. Teil und Recht der Schuldverhältnisse. 1928.
v. Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. III. 1917.
Kreß, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. 1929.
Leonhard, Allgemeines Schuldrecht. 1930.
Titze, Schuldrecht. 1928.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II.

II. Kommentare.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgem. Teil und Recht der Schuldverhältnisse. 3. Aufl. 1927.
Planck-Flad, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. 1913.
Planck-Siber, Recht der Schuldverhältnisse. 4. Aufl. 1924/25.
Staudinger-Werner, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. 9. Aufl. 1930.
Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1930.

III. Einzelschriften.

v. Blume, Zur Schuldübernahmefrage. In JheringsJ. Bd. 39 S. 390 ff.
— Novation, Delegation und Schuldübertragung. 1895.
Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Recht. 1853.
v. Gierke, Schuldnachfolge und Haftung. In Festschrift für v. Martitz, 1911.
Jürgens, Die Singularsukzession in die Schuld. In JheringsJ. Bd. 8 S. 221 ff.
Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. 1898.
Kipp in JheringsJ. Bd. 36 S. 336 ff.
Knoke, Die Sondernachfolge in die Schuld. In JheringsJ. Bd. 60 S. 411 ff.
Lippmann, Beiträge zur Theorie der Schuldübernahme. In ArchZivPrax. Bd. 107 S. 1 ff.
Manigk, Schuldübernahme. In Handwörterbuch der Rechtswissenschaft S. 373 ff.
Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot des BGB. 1908.

Regelsberger in JheringsJ. Bd. 39 S. 463 ff.
— in ArchZivPrax. Bd. 67 S. 24.
Reichel, Schuldmitübernahme. 1909.
Seuffert, Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts. In Beiträgen zur Erläuterung des Entwurfs Heft XI von Bekker und Fischer.
Sohm, Der Gegenstand. 1905.
— Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung. In ArchBürgR. Bd. 28 S. 173 ff.
Strohal in Deutsche Juristenzeitung 1909 S. 1031.
— Schuldübernahme. In JheringsJ. Bd. 57 S. 231 ff.
— Schuldpflicht und Haftung.
Unger, Schuldübernahme. 1889.
Wilutzky in ArchBürgR. Bd. 28 S. 53 ff.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

§ 1.

Die Schuldübernahme des § 415 BGB. im Verhältnis zu der des § 414 BGB. und ihre Rechtswirkungen.

Die bis in die jüngste Zeit hinein unternommenen Versuche, die Rechtsnatur des zwischen Urschuldner und Übernehmer vereinbarten Schuldübernahmevertrages zu ergründen, um sie restlos mit den geltenden Rechtssätzen in Einklang bringen zu können, haben immer noch nicht zur Beilegung des hierum entbrannten Streites geführt, dessen Wogen im Kampf der dogmatischen Gründe und Gegengründe zeitweilig sehr hoch gingen. Im Rahmen dieser Abhandlung will ich es unterlassen, auf die römischen und gemeinrechtlichen Doktrinen, soweit sie nicht für die Behandlung der Schuldübernahme des Bürgerlichen Gesetzbuches von Bedeutung sind, näher einzugehen. Vielmehr betrachte ich es hier als meine Aufgabe, lediglich die bisherigen wissenschaftlichen Erörterungen über die in §§ 415 ff. BGB. geregelte Schuldübernahme einer eingehenden Kritik zu unterziehen, um schließlich auf der Grundlage dieser Kritik den Versuch zu unternehmen, eine befriedigende Lösung der Frage nach der Rechtsnatur des zwischen Urschuldner und Übernehmer vereinbarten Schuldübernahmevertrages zu finden.

Nach dem Recht des BGB. kann die Schuldübernahme auf zwei Wegen erfolgen. Erstens durch Vertrag des Übernehmers mit dem Gläubiger (§ 414 BGB.) und zweitens durch Vertrag des Übernehmers mit dem bisherigen Schuldner (§ 415 BGB.). Nur der letzte Fall soll der Gegenstand unserer Betrachtung sein. Bei einer Schuldübernahme nach § 415 BGB. ist die Wirksamkeit zunächst in der Schwebe, denn sie hängt von der Genehmigung des Gläubigers ab (§ 415 Abs. I Satz 1 BGB.). Diese Genehmigung kann aber nur erfolgen, wenn einer der Kontrahenten, also entweder der bisherige Schuldner oder der Übernehmer, dem Gläubiger zuvor von der Schuldübernahme Mitteilung gemacht hat (Abs. I Satz 2). Bis zur Entscheidung des Gläubigers sind beide Parteien untereinander gebunden, können jedoch den Vertrag durch Vereinbarung noch aufheben oder abändern (Abs. I Satz 3). Wird die Genehmigung verweigert, so gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt (Abs. II Satz 1). Jeder der Kontrahenten kann dem Gläubiger

eine Frist für die Erteilung der Genehmigung setzen, nach deren fruchtlosem Ablauf die Genehmigung als verweigert gilt (Abs. II Satz 2). Ferner ist im Zweifel anzunehmen, daß mit der Schuldübernahme ein stillschweigendes Versprechen des Übernehmers, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen, verbunden sei (Abs. III).

§ 2.

Übersicht über die hinsichtlich der Rechtsnatur der Schuldübernahme aufgestellten Theorien.

Auf der Grundlage dieser beschriebenen gesetzlichen Regelung der Schuldübernahmevereinbarung zwischen Urschuldner und Übernehmer sind nun die verschiedensten Versuche unternommen worden, eine Darstellung der rechtlichen Natur dieser Vereinbarung zu formen. Zweckmäßigerweise gebe ich zunächst einen Überblick über die die verschiedenen Konstruktionsversuche enthaltenden Theorien, um diese dann anschließend im einzelnen einer eingehenden Kritik zu unterziehen.

Als die auch heute noch vorherrschende Auffassung gilt die sog. Verfügungstheorie. Nach ihr vereinbart der Urschuldner mit dem Übernehmer, daß dieser an seiner Stelle Schuldner der alten Obligation werden soll. Diese Vereinbarung enthält aber einen Eingriff in das Recht des Gläubigers, der ja, wenn die vereinbarte Wirkung eintritt, sein Recht gegen den alten Schuldner verlieren muß. Es wird somit über das Recht des Gläubigers verfügt, da es durch den Eintritt eines anderen Schuldners verändert wird. Diese Verfügung ist wie jede andere Verfügung über fremde Rechte nach § 185 BGB. in ihrer Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers abhängig, wie es § 415 Abs. I Satz 1 auch verlangt.

Nach der für das gemeine Recht aufgestellten, aber auch für die Schuldübernahme des BGB. übernommenen sog. Angebotstheorie hat der Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer nur zwischen den Parteien, und zwar lediglich in den Grenzen der im § 415 Abs. III erwähnten Erfüllungsübernahme Wirkung. Erfolgt nach Abschluß dieses Vertrages durch den Übernehmer Mitteilung von dem Vertrage an den Gläubiger, so liegt hierin ein Angebot zu der allein befreienden Schuldübernahme, und dieses Angebot wird durch die Genehmigung des Gläubigers angenommen. Erfolgt die Mitteilung jedoch durch den Urschuldner, so liegt darin gleichfalls ein Angebot zum Abschluß eines Schuldübernahmevertrages, das der Urschuldner auf Grund einer ihm vom Übernehmer stillschweigend erteilten Vollmacht in dessen Namen erteilt. Es stellt sich somit die nach § 415 BGB. erforderliche Mit-

teilung als Vertragsantrag zum Abschluß eines Schuldübernahmevertrages nach § 414 BGB. und die Genehmigung des Gläubigers die Annahme dieses Antrags dar.

In gleicher Weise ist die sog. Vertretungstheorie bestrebt, den Begriff der Schuldübernahme lediglich auf einen Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer abzustellen und betrachtet ebenfalls den § 414 als den Grundgedanken der Schuldübernahme. Nach dieser Theorie wird der Vertrag von vornherein zwischen Gläubiger und Übernehmer abgeschlossen, allerdings unter der Voraussetzung, daß die Genehmigung des Gläubigers erfolgt. An Stelle des Gläubigers tritt jedoch der Urschuldner als nicht ermächtigter Vertreter des Gläubigers auf, und die erforderliche Genehmigung des Gläubigers ist nicht die des § 185, sondern die des § 177 Abs. I BGB.

Endlich wird nach der Doppelgeschäftstheorie der die Schuldübernahme enthaltende Rechtsakt in zwei Bestandteile zerlegt. Erstens in einer Verfügung über das Recht des Gläubigers entsprechend der bereits erwähnten Verfügungstheorie und weiterhin in eine Verpflichtung des Übernehmers, der erklärt, Schuldner des Gläubigers werden zu wollen.

§ 3.

Verfügungstheorie. Begriff der Verfügung.

Wir gehen zunächst auf die Verfügungstheorie ein. Von ihr gingen die Redaktoren des BGB. aus, und sie hat sich bis jetzt ohne Unterbrechung den Ruf der herrschenden Auffassung erhalten. Aufgestellt wurde sie von Gürgens[1]) und bald darauf auch von Windscheid[2]) angenommen und später von den Verfassern des BGB., wie dies in den Motiven[3]) zum Ausdruck gekommen ist. Eingehend begründet und verteidigt wurde sie von Regelsberger[4]), und namhafte Rechtsgelehrte schlossen sich ihr an. So Enneccerus, Oertmann, Siber, Crome, v. Gierke u. a. Daß diese Theorie in den zahlreichen Fehden, die sie zu bestehen hatte, nicht immer als Siegerin hervorging, sich aber trotz allem hielt, ist darauf zurückzuführen, daß sie, um den gegnerischen Argumenten Stand zu halten, allmählich gezwungen war, andere Wege der Konstruktion einzuschlagen als ehedem. So kommt es, daß die Anhänger der Verfügungstheorie wohl zu einem

---

[1]) JheringsJ. Bd. 8 S. 261 ff.
[2]) Windscheid-Kipp § 338 Anm. 6.
[3]) Bd. II S. 143.
[4]) in JheringsJ. Bd. 39 S. 463.

gleichen Schluß gelangen, ihre Gründe aber wenig Gemeinsames aufzuweisen haben.

Die Anhänger der Verfügungstheorie wollen, wie bereits oben gekennzeichnet, in der Schuldübernahme des § 415 BGB. nicht mehr und nicht weniger als eine Verfügung eines Nichtberechtigten sehen. Wir beschränken uns daher an dieser Stelle nur auf die Untersuchung, ob in der Schuldübernahme die Begriffmerkmale einer Verfügung eines Nichtberechtigten erblickt werden können. Ob sich in einer solchen Verfügung auch das Wesen der Schuldübernahme erschöpft, ist eine andere Frage, die später bei der Behandlung der Doppelgeschäftstheorie zu untersuchen ist.

Das BGB. hat es unterlassen, eine Begriffsbestimmung der Verfügung zu geben, die auch nicht ohne Mühe hätte geschaffen werden können, denn das Gesetz gebraucht das Wort in der verschiedensten Bedeutung.

Nach der Verfügungstheorie soll in der Schuldübernahme eine rechtsgeschäftliche Verfügung zu erblicken sein. Unter einer rechtsgeschäftlichen Verfügung versteht nun unser BGB. eine Willenserklärung, durch die unmittelbar ein Recht aufgehoben, übertragen, belastet oder in seinem Inhalt verändert wird, es sei denn, daß die Veränderung lediglich in einer Erweiterung oder Verstärkung bestehe. Diese Definition wird auch von den meisten Schriftstellern vertreten, die allerdings häufig den Begriff Verfügung gebrauchen, dennoch darunter aber ausschließlich die rechtsgeschäftliche Verfügung verstehen. So Enneccerus, Warneyer, Planck, RG. und Raape[5]). Freilich kann nur ein solches Recht Gegenstand einer Verfügung sein, das auch übertragen, aufgehoben, belastet oder verändert werden kann. So kann z. B. über Namensrechte oder über gewisse aus der Ehe entspringende Rechte nicht verfügt werden. Über eine Forderung kann aber zweifellos verfügt werden, denn die Möglichkeit ihrer Übertragung und Belastung ist im Gesetz vorgesehen. Es erübrigt sich somit, hier auf die weitere, von Sohm eingehend behandelte Streitfrage[6]) einzugehen, ob die einer Verfügung fähigen Rechte nur auf Vermögensrechte beschränkt werden können und was wiederum unter Vermögensrechten zu verstehen ist. Unzutreffend erscheint mir auch die Auffassung Wilutzkys[7]), der in der Verfügung stets ein Erfüllungsgeschäft im Hinblick auf eine vorher eingegangene Verpflichtung sehen will. Dem widerspricht die Tatsache, daß unmittelbar auf ein Recht einwirkende Geschäfte, also

---

[5]) Enneccerus § 134 I; Warneyer S. 148 II Abs. 4; Planck I 2, 33, 4; RGZ. 92, 34; Raape a. a. O. S. 182.

[6]) ArchBürgR. Bd. 28 S. 173 ff.

[7]) a. a. O. S. 55 ff. und S. 68.

Leistungs- oder Verfügungsgeschäfte nicht nur erfüllungshalber, sondern ebensogut ohne rechtlichen Grund erfolgen können. Die Verfügungsakte sind somit ganz abstrakte Zuwendungsgeschäfte. Wir halten also an dem oben aufgestellten Verfügungsbegriff fest. Abgesehen von der Beschränkung auf Vermögensrechte erklärt Sohm[8]) als Verfügungsgeschäft jedes auf ein Vermögensrecht (einen Gegenstand) unmittelbar wirkenden Rechtsgeschäft. Es erscheint mir dann aber wenig folgerichtig, wenn Sohm[9]) als Verfügungsgeschäfte im Rechtssinne (echte Verfügungsgeschäfte) nur solche Rechtsgeschäfte gelten läßt, welche in der Veräußerung, die Sohm für das Urbild aller Verfügungsgeschäfte hält, rechtsähnlich sind, d. h. welche gleichfalls den Gegner einseitig bereichernde Rechtsgeschäfte sind, z. B. Inhaltsänderungen zugunsten des Gegners. Diese Einschränkung erscheint mir durch nichts gerechtfertigt. Zunächst kann man die Veräußerung wohl für einen der häufigsten Fälle der rechtsgeschäftlichen Verfügung halten und sie ist auch im Sprachgebrauch am stärksten mit dem Begriff der Verfügung verknüpft. Dennoch kann sie nicht als das Urbild der Verfügung angesprochen werden mit dem Verlangen, daß in ihr sich andere Arten der Verfügung widerspiegeln sollen. Die Auffassung Sohms steht auch damit nicht in Einklang, daß wir in der schlichten Abänderung eines Rechts schon eine Verfügung erblicken. Gewiß bedeutet jede Verfügung auch bei der Abänderung eines Rechtes für den Verfügenden ein Opfer. Denn der Bestandteil des Inhalts, der durch die Abänderung des Rechtes betroffen wird, fällt weg, kann allerdings unter Umständen durch neuen Inhalt ersetzt werden. Somit liegt nur begrifflich ein Opfer vor, denn der Verfügende kann günstiger gestellt sein. Dann geschah die Verfügung aber nicht zu seinen Lasten. Diese Verfügungen, für die Strohal[10]) den Ausdruck Äquivalent- oder Austauschverfügungen geprägt hat, sind somit trotzdem rechtsgeschäftliche Verfügungen, was Sohm leugnet.

§ 4.

Die Verfügung in der Vereinbarung des § 415 BGB.

Erhält nun der Tatbestand der Schuldübernahme des § 415 BGB. eine Verfügung, d. h. lassen sich die einzelnen Begriffsmerkmale der Verfügung auch im Tatbestand des § 415 BGB. wiederfinden? Der

---

[8]) a. a. O. S. 192.
[9]) S. 193.
[10]) DJZ. 1909 S. 1031 und Schuldübernahme S. 245.

Urschuldner schließt mit dem Übernehmer ein Rechtsgeschäft ab, das sich auf das Forderungsrecht des Gläubigers bezieht. Dieses Forderungsrecht des Gläubigers soll geändert werden, und zwar in der Weise, daß der Gläubiger den Urschuldner verliert und dafür einen neuen Schuldner in der Person des Übernehmers erhält. Mit dem Abschluß des Rechtsgeschäftes tritt jedoch die Wirksamkeit einer solchen unmittelbaren Änderung des Inhalts des Forderungsrechtes noch nicht in die Erscheinung, vielmehr erst dann, wenn der Gläubiger das Rechtsgeschäft genehmigt hat. Eine solche Verzögerung der Wirksamkeit ist aber nach § 185 BGB. den Verfügungen eigen, die ein Nichtberechtigter trifft. Diese Kennzeichnung des Rechtsgeschäftes als eine Verfügung kommt auch klar im Text des Gesetzes zum Ausdruck. Auch in den Motiven kommt diese Auffassung zur Geltung, allerdings in Anlehnung an die Ansichten von Delbrück[1]) und Gürgens[2]), mit der Begründung, daß die Schuld als ein Seitenstück zur Forderung, also als eine negative Forderung zu erklären sei. Es wurde so der Gedanke einer Analogie zwischen der Zession einer Forderung und der passiven Zession, wie man die Schuldübernahme schlechterdings nannte, vertreten[3]). Wie die Abtretung eine Veräußerung der Forderung enthält, so soll die Schuldübernahme eine Veräußerung der Schuld enthalten. Man hat mit Recht darauf hingewiesen, daß eine Spaltung des Forderungsrechtes in eine Befugnis, die dem Gläubiger zustehe, und eine Verpflichtung, die den Schuldner binde, so daß nur die letztere hier als Gegenstand der Veräußerung aufzufassen wäre, juristisch undenkbar ist. Beide Bestandteile gehören unzertrennlich zusammen. Die Verpflichtung an sich hat keinen positiven Vermögenswert. Man kann sich zwar einer Schuld entäußern, sie aber nicht veräußern. So Lippmann[4]). Ist in der Schuldübernahme keine Veräußerung enthalten, so damit noch nicht keine Verfügung. Denn der Begriff der Verfügung umfaßt ja auch Veränderungen des Inhalts bestehender Rechte, und eine solche Veränderung soll ja das Forderungsrecht des Gläubigers erfahren[5]). An Stelle des Urschuldners soll der Übernehmer treten. Es liegt somit ein Verfügungsvertrag vor, zufolge dessen dasjenige, was der Berechtigte an Rechtsmacht einbüßt, durch eine ihm in anderer Gestalt zukommende neue Rechtsmacht aufgewogen wird. Die Schuldübernahme enthält also eine Äquivalentverfügung.

---

[1]) Die Übernahme fremder Schulden.
[2]) JheringsJ. Bd. 8 S. 221 ff.
[3]) So Unger, Schuldübernahme S. 12.
[4]) ArchZivPrax. Bd. 107 S. 83.
[5]) So gegen Lippmann Enneccerus § 308 IV und Anm. 18.

§ 5.

Vornahme der Verfügung durch Nichtberechtigte im eigenen Namen.

Gegenstand der Verfügung ist das Forderungsrecht des Gläubigers, das verändert werden soll, und somit erscheint der Gläubiger als der allein Verfügungsberechtigte. Die Rechtsordnung gestattet jedoch, daß auch von Nichtberechtigten Verfügungsgeschäfte über fremde Gegenstände im eigenen Namen abgeschlossen werden können, knüpft allerdings im § 185 BGB. den Beginn der Wirksamkeit eines solchen Verfügungsgeschäftes an die Zustimmung des Berechtigten. Als Vertragsparteien des Schuldübernahmevertrages im § 415 BGB. treten lediglich der Urschuldner und der Übernehmer auf und bezwecken im Austausch ihrer Erklärungen, das Recht des Gläubigers im eigenen Namen zu ändern. Sie wollen zunächst, daß der Urschuldner frei wird und der Übernehmer nunmehr dem Gläubiger haften soll. Sie verfügen daher beide über das Recht des Gläubigers, und die Wirksamkeit dieser Verfügung bestimmt sich, wie die Wirksamkeit jeder Verfügung eines Nichtberechtigten nach der Vorschrift des § 185 BGB. Anhänger der Verfügungstheorie selbst wollen hier schon Widerspruch erheben mit der Behauptung, die Schuldübernahme sei wohl eine Verfügung, aber als Äquivalentverfügung ein Rechtsgeschäft durchaus eigener Art und dem Anwendungsgebiet des § 185 BGB. entrückt[1]). Ob dies zutrifft, ist zu prüfen.

Siber macht sich die Argumentation Strohals zu eigen[2]), der darzutun versucht, daß eine Äquivalentverfügung nicht von einem Nichtberechtigten vorgenommen werden könne, und daß es somit vertragsmäßige Verfügungsgeschäfte zweierlei Art gäbe, nämlich erstens die reinen oder schlichten Verfügungsverträge, die dem § 185 BGB. unterworfen seien, und zweitens die sog. Äquivalentverfügungsverträge, die aus dem Bereich des § 185 herausfallen. Gegen die Zweiteilung als solche ist, wie schon oben dargelegt, nichts einzuwenden. Wohl aber erscheint mir die Annahme verfehlt, daß der § 185 BGB. nur auf die reinen Verfügungsverträge Anwendung finden solle. Im Gegensatz zu den reinen Verfügungen wird bei den Äquivalentverfügungen die Einbuße an der Rechtsmacht des Verfügenden durch eine diesem in anderer Gestalt zukommende neue Rechtsmacht aufgehoben. Strohal will nun die Möglichkeit des Erwerbes einer solchen neu zukommenden Rechts-

---

[1]) Siber-Planck § 415, 1aγ.
[2]) Schuldübernahme S. 243.

macht für den Berechtigten leugnen, falls die Äquivalentverfügung von einem Nichtberechtigten getroffen wurde. Der Weg der Genehmigung durch den Berechtigten scheint ihm nicht zum Ziele zu führen. An Hand von drei Beispielen von Äquivalentverfügungen versucht Strohal[3]) seinen Standpunkt zu veranschaulichen. Zunächst faßt er den Fall einer von einem Nichtberechtigten vorgenommenen Novation ins Auge. Liege die Zustimmung des Gläubigers vor und habe der Nichtberechtigte im eigenen Namen gehandelt, so lasse das keinen anderen Schluß zu, als daß nunmehr der Nichtberechtigte Gläubiger der nova obligatio geworden sei, nicht aber der berechtigte Gläubiger der prior obligatio. Die Unrichtigkeit dieses Konstruktionsganges ist nicht zu verkennen, wenn man die mutmaßlichen Erklärungen der Beteiligten genauer Betrachtung unterzieht. Wir nehmen an, daß der Gläubiger seine Einwilligung zu der Novation gegeben hat. Dann hat er dem Nichtberechtigten gestattet, über die prior obligatio zu verfügen, wie er wolle, aber mit dem Enderfolg, daß er, der Gläubiger, nunmehr auch Gläubiger der nova obligation werde. Wäre hingegen die Einwilligung des Gläubigers so geschaffen gewesen, wie Strohal sie darstellt[4]), dann läge in ihr überhaupt eine Abtretung der Forderung aus der prior obligatio an den „Nichtberechtigten", der damit zum Berechtigten würde und nun als solcher die Novation mit dem Schuldner vornähme. Um den vom Gläubiger gewünschten Enderfolg zu sichern, muß die Konstruktion der Novation durch den Nichtberechtigten in anderen Bahnen laufen. Der Nichtberechtigte ist vielmehr genötigt, dem Schuldner zu erklären, daß es sich hier um eine Forderung des Gläubigers aus der prior obligatio handele. Aus dieser Notwendigkeit, den Gläubiger hier als solchen zu bezeichnen, folgt nicht, daß es nun für den Nichtberechtigten unmöglich sei, im eigenen Namen die Novation mit dem Schuldner vorzunehmen, sondern nur als Vertreter. Wollte man dies leugnen, so müßte, wie Oertmann[5]) treffend ausführt, auch die bloße Annahme der einem Dritten geschuldeten Leistung Vertreterhandlung sein. Dann wäre aber § 362 Abs. II BGB. gegenstandslos, in dem der Dritte keineswegs als Gläubiger auftritt. Der Nichtberechtigte erklärt daher dem Schuldner, daß die prior obligatio untergehen soll. Da es sich hier um eine Novation handelt, so kann die prior obligatio nur dadurch untergehen, daß eine neue Verpflichtung des Schuldners ins Leben tritt. Da dies der einzige Weg ist, den vom Gläubiger gewünschten Enderfolg zu verwirklichen, so ergibt sich hieraus, daß der Gläu-

[3]) S. 244.
[4]) a. a. O. S. 245.
[5]) Oertmann, Komm. § 185, 2b.

biger seine Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft gegeben hat, daß seiner juristischen Konstruktion nach eine Verfügung enthält, die dadurch bedingt ist, daß gleichzeitig eine Verpflichtung eingegangen wird. Wohl gemerkt ist ein Erwerb der Forderung in der Person des Nichtberechtigten mit der Einwilligung des Berechtigten zu dem Rechtsgeschäft nicht in Einklang zu bringen. Das tritt besonders deutlich in dem zweiten und dritten von Strohal[6]) gebrachten Beispielen hervor, in der Änderung des Inhalts einer Forderung und der Schuldübernahme (§ 414 BGB.) durch einen Nichtberechtigten. Hier liegt auch nach Strohal der Wechsel in der Person des Gläubigers ganz außerhalb des Zweckes der beiden Rechtsgeschäfte. Warum soll dies aber bei der Novation nicht der Fall sein? Grundsätzlich will der die Novation abschließende Gläubiger der prior obligatio doch auch wieder der Gläubiger der nova obligatio werden. Überläßt er hingegen einem anderen das Forderungsrecht und stellt diesem anheim, eine Novation mit dem Schuldner einzugehen, so liegt eben hierin eine Abtretung der Forderung. Zu den beiden letzten Beispielen meint Strohal[7]), daß die Einwilligung des Gläubigers in dem Abschluß des Verfügungsvertrages regelmäßig unter Umständen erfolgt, die auf vollständige Abtretung der bisherigen Rechtsstellung des Berechtigten an den Nichtberechtigten schließen lassen. Damit verläßt Strohal aber den Rahmen der hier angestellten Untersuchung, da es dann einen Nichtberechtigten nicht mehr geben würde, und will daraus folgern, daß eine Äquivalentverfügung von einem Nichtberechtigten nicht vorgenommen werden könne. Daß es aber doch einen Weg gibt, der zu einer befriedigenden Lösung führt, ist bereits oben bei der Behandlung der Novation gezeigt worden, die eine Verfügung und eine Verpflichtung enthält, worauf Strohal ja selbst S. 237 hinweist. Da nun aber bei jeder Äquivalentverfügung, die der Berechtigte vornimmt, dieser einen Zuwachs an Rechtsmacht erfahren soll, die vorher nicht vorhanden war, so muß nach einer konstruktiven Begründung dieser Rechtsmacht gesucht werden und diese Begründung kann nur in einer Verpflichtung desjenigen gefunden werden, der als Träger der Belastung erscheint, die dem Zuwachs an Rechtsmacht auf seiten des Gläubigers entspricht. Verfügt bei einer Schuldübernahme nach § 414 BGB. der Gläubiger über sein Recht gegen den Urschuldner, so muß auch eine Verpflichtung des Übernehmers entstanden sein, der nunmehr belastet ist. Oder trifft der Gläubiger mit dem Schuldner die Abrede, daß die Währung einer Geldschuld geändert werden solle, so verfügt der Gläubiger über die

[6]) Strohal a. a. O. S. 246.
[7]) a. a. O. S. 247.

Geldforderung in Franken und der Schuldner verpflichtet sich zur Zahlung derselben Geldschuld in Lire. Äquivalentverfügungen sind mithin solche Verfügungsgeschäfte, die durch den gleichzeitigen Abschluß eines Verpflichtungsgeschäftes bedingt sind. Unter besonderer Würdigung des letzten Bestandteils erscheint es aber als durchaus zulässig, eine Äquivalentverfügung auch von einem Nichtberechtigten vornehmen zu lassen. So auch Leonhard[8]). Da bei einer Schuldübernahme nach § 415 der Gläubiger das Forderungsrecht gegen den Übernehmer erwerben muß, so zeigt sich hiermit, daß sich das Schuldübernahmegeschäft zwischen dem Urschuldner und dem Übernehmer in der Vornahme einer Verfügung zweier Nichtberechtigter nicht erschöpfen kann und daß damit die Verfügungstheorie an einer Unvollständigkeit leidet. Denn der wesentlichste Vorgang, die Verpflichtung des Übernehmers, kann durch sie nicht erklärt werden. Bevor jedoch dieser noch fehlende Bestandteil eingehender Würdigung unterzogen, insbesondere die Art der Gestaltung der Verpflichtung untersucht wird, will ich auf die weiteren hinsichtlich der Schuldübernahme des § 415 aufgestellten Theorien eingehen.

§ 6.

Die Angebotstheorie.

Bereits vor dem Inkrafttreten des BGB. wurde der Verfügungstheorie die von Kipp[1]) für das gemeine Recht begründete und auch nach Inkrafttreten des BGB., namentlich von v. Blume und Hellwig[2]), lebhaft verteidigte Angebotstheorie gegenübergestellt. Ihre Konstruktion ist bereits eingangs charakterisiert worden. Mag diese Theorie auch für das gemeine Recht klar durchdacht gewesen sein, so läßt sie sich heute keineswegs mehr mit den geltenden gesetzlichen Bestimmungen in Einklang bringen[3]).

Einen ganz besonderen Wert mißt diese Theorie der in § 415 geforderten Mitteilung des zwischen Urschuldner und Übernehmer vereinbarten Vertrages bei. Allein schon aus dem Erfordernis dieser Mitteilung spitzt sie eine vermeintliche Waffe gegen die Verfügungstheorie. Da nach § 185 der Gläubiger eine Verfügung eines Nichtberechtigten ohne weiteres genehmigen kann, während nach § 415 die Genehmigung

---

[8]) Leonhard a. a. O. S. 687.

[1]) JheringsJ. Bd. 36 S. 336 ff.

[2]) v. Blume in JheringsJ. Bd. 39 S. 390 ff.; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte.

[3]) So auch Kipp bei Windscheid Bd. II Zusatz zu § 338.

von der vorhergehenden Mitteilung abhängen soll, so will man aus diesem Umstand folgern, daß der hierdurch dem Gläubiger zugefügte Nachteil gegen die Annahme einer Verfügung sprechen müsse. Demgegenüber hat Siber[4]) sehr richtig darauf hingewiesen, daß das Gesetz hier die Erklärungen, auch wenn sie schon abgegeben sind, zunächst als Internum zwischen Schuldner und Übernehmer betrachte. Es wird ja auch hier nicht wie bei der einfachen Verfügung nur eine Rechtsminderung des Berechtigten verabredet, sondern der Gläubiger soll ja auch einen Rechtszuwachs erhalten, so daß es im Interesse des Übernehmers hier sehr wohl bedacht ist, eine übereilte Genehmigung des Gläubigers zu verhindern. Man kann daher nicht mit Hellwig[5]) behaupten, daß das Erfordernis der Mitteilung einen Rechtssatz darstelle, der dem Wesen der wirklichen Genehmigung durchaus widerspreche. Die Mitteilung entspricht vielmehr der auch sonst im BGB. z. B. § 108 Abs. II vorkommenden Aufforderung zur Herbeiführung eines zum gültigen Geschäftsschluß noch erforderlichen Tatbestandsmomentes.

Demgegenüber erblickt die Angebotstheorie in der Mitteilung einen Antrag an den Gläubiger zum Abschluß eines Vertrages nach § 414 BGB. Dieser Antrag gehe unmittelbar vom Übernehmer aus, wenn dieser dem Gläubiger die Mitteilung mache. Geht dagegen die Mitteilung an den Gläubiger vom Urschuldner aus, was nach § 415 Abs. I Satz 2 ebenfalls zulässig ist, so sei in diesem Fall der Urschuldner durch das Gesetz ermächtigt, statt des Übernehmers dem Gläubiger die Offerte zu machen, also als dessen Vertreter zu handeln. Aus der Tatsache, daß das Gesetz dem Urschuldner die Ermächtigung gegeben hat, will Seuffert[6]) die Unwiderruflichkeit der Ermächtigung folgern, es sei denn, daß der Übernehmer sich die Widerruflichkeit im Vertrage vorbehalten habe. Ohne diese gesetzliche Regelung würde der Übernehmer die Ermächtigung jederzeit zurückziehen können.

Zur Kritik der eben dargelegten Charakterisierung der Mitteilung als eines Vertragsantrages empfiehlt es sich, die diese Mitteilung betreffenden Gesetzesbestimmungen der §§ 415 ff. mit denen des Vertrages und damit auch des Vertragsantrages §§ 145 ff. zu vergleichen. Betrachten wir zunächst den Fall, daß die Mitteilung vom Übernehmer ausgeht, so ist es wohl möglich, daß in der Erklärung des Übernehmers, zumal wenn diese ohne Bezugnahme auf den zwischen Urschuldner und Übernehmer geschlossenen Vertrag erfolgt, ein Antrag auf Abschließung

---

[4]) Siber-Planck § 415, 1 aγ a. E.
[5]) a. a. O. S. 161.
[6]) a. a. O. S. 44.

eines Vertrages nach § 414 zu erblicken ist. Ebenfalls läßt sich der Fall denken, daß der Übernehmer den Urschuldner beauftragt, als sein Vertreter dem Gläubiger einen Antrag auf Abschluß eines Vertrages nach § 414 zu machen, so daß dann die Wirkungen des § 415 Abs. III hier nicht Platz greifen.

Andere Beurteilung hingegen muß der Fall erfahren, daß der Urschuldner gemäß § 415 Abs. I Satz 2 die Mitteilung macht. Nach § 145 ist derjenige, der einem anderen die Schließung eines Vertrages anträgt, an den Antrag grundsätzlich gebunden. In § 415 ist jedoch eine solche Bindung ausdrücklich ausgeschlossen, da nach Abs. I Satz 3 der Urschuldner und der Übernehmer den zwischen ihnen geschlossenen Vertrag bis zur Genehmigung des Gläubigers ändern oder aufheben können.

Weiter spricht gegen die Angebotstheorie, daß dem Gläubiger eine Frist zur Erteilung der Genehmigung bestimmt werden kann mit der Wirkung, daß nach § 415 Abs. II Satz 2 die Genehmigung nur bis zum Ablauf dieser Frist zulässig ist. Hieraus folgt aber, da das Gesetz nichts anderes bestimmt, daß der Gläubiger die Genehmigung zu beliebiger Zeit erteilen darf, wenn man ihm keine Frist gesetzt hat. Keineswegs ist aber der Zeitraum seiner Entschließungsfreiheit durch die engen Grenzen des § 147 bestimmt. Nichts ließe auf eine derartige Regelung schließen.

Ferner liegt es im Wesen jedes Vertragsantrages, daß die Partei, von der der Antrag ausgehen und für die der Antrag bindend sein soll, auch berechtigt ist, die hierzu erforderliche Erklärung selbst wirksam abzugeben, sofern nicht in der Person begründete Umstände die Abgabe von Willenserklärungen unmöglich machen, z. B. Geschäftsunfähigkeit oder Geschäftsbeschränktheit. Nach § 416 hingegen kann der Gläubiger eine Hypothekenschuldübernahme nur genehmigen, wenn diese ihm vom Veräußerer des Grundstücks mitgeteilt worden ist. Gewiß wird auch der Übernehmer als Vertreter des Urschuldners die Abgabe der Mitteilungserklärung vornehmen können. Die Angebotstheorie müßte in diesem Falle zu der grotesken Konstruktion greifen, daß der Antragende nicht im eigenen Namen, sondern nur als Vertreter des Vertreters, der ihn selbst vertritt, auftreten darf, wenn man davon absieht, daß der Übernehmer freilich einen Vertrag nach § 414 anbieten darf. Der § 416 will aber nur einen Sonderfall des § 415 regeln und demzufolge zeigt sich hier abermals die Unhaltbarkeit der Angebotstheorie. So auch Leonhard[7]). Hellwig will zwar in dem Briefe des Übernehmers die Offerte zu einem gemäß § 414 gültig zu schließen-

[7]) a. a. O. S. 688.

den Übernahmevertrag finden[8]). Es behaupten auch einige Schriftsteller, u. a. Dernburg[9]) und Enneccerus[10]), daß in der Mitteilung des Übernehmers zugleich ein Antrag zu einer Schuldübernahme nach § 414 zu erblicken sei. Dem ist aber mit Gierke[11]) entgegenzuhalten, daß durch eine solche Deutung in die bloße Mitteilung ein ihr fremder Inhalt hineingetragen wird.

§ 7.

Die Rückwirkung der Genehmigung.

Im weiteren Zusammenhange einer erschöpfenden Kritik der Angebotstheorie ist es ferner von Erheblichkeit, auf die Frage einzugehen, ob der Genehmigung des § 415 eine rückwirkende Kraft beikommt oder nicht. Unmittelbar aus dem Gesetz ist, wie Leonhard[1]) meint, eine Antwort auf diese Frage nicht zu entnehmen, denn im § 415 Abs. II ist nur von dem Fall einer Verweigerung der Genehmigung die Rede. Dennoch bereitet die Lösung keine Schwierigkeiten. Wir haben erkannt, daß die Genehmigung des § 415 die Genehmigung einer Verfügung ist und demzufolge finden auf sie die Vorschriften der §§ 182 ff., darunter auch besonders § 184, Anwendung. Letzterer bestimmt im Abs. I, daß die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückwirkt. Freilich nur soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Damit beantwortet sich auch die eingangs gestellte Frage in dem Sinne, daß der Genehmigung der Schuldübernahme in der Regel rückwirkende Kraft zukommt. Diese Auffassung ist jedoch keineswegs unbestritten. Nicht allein die Anhänger der Angebotstheorie wenden sich gegen diese Feststellung, sondern selbst aus den Reihen derer, die die Verfügungstheorie vertreten, wird Widerspruch erhoben. So meint Kreß[2]), eine Rückwirkung der Genehmigung käme kaum in Betracht, da der Gläubiger nur der Auswechslung des Schuldners, nicht aber der Rückgängigmachung der in der Zwischenzeit eingetretenen Änderungen der Schuld zustimmen wollte. Strohal[3]) will der Genehmigung des § 415 die rückwirkende Kraft nach den wichtigsten Richtungen hin überhaupt absprechen. Auf seine ausführlichen Untersuchungen ist noch einzu-

---

[8]) Hellwig a. a. O. S. 168.
[9]) a. a. O. § 156 III.
[10]) a. a. O. § 308 II, 3.
[11]) Dtsch. PrivR. III § 181 S. 221.
[1]) a. a. O. S. 688.
[2]) a. a. O. S. 522 oben.
[3]) S. 446 ff.

gehen. Noch schärfer drückt sich Siber[4]) aus, der meint, daß die Genehmigung keinesfalls auf die Zeit der Vereinbarung zwischen Urschuldner und Übernehmer zurückwirke. Der früheste Zeitpunkt, auf den die Genehmigung zurückwirken könne, liege in der Mitteilung. Im § 184 Abs. I findet aber eine solche willkürliche Regelung keine Stütze.

Zur Untersuchung der gegen unsere Auffassung gerichteten Angriffe gehen wir von dem Sachverhalt aus, daß der Urschuldner dem Gläubiger eine verzinsliche Darlehensschuld schuldet. Er vereinbart mit dem Übernehmer die Schuldübernahme, die vom Gläubiger genehmigt wird. Bis zu welchem Zeitpunkt liegt dem Urschuldner die Verzinsungspflicht ob und von welchem Zeitpunkt an dem Übernehmer? Nach unserer Auffassung tritt der Wechsel der Verzinsungspflicht in dem Augenblick ein, in dem der Schuldübernahmevertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer abgeschlossen wird. Diese Auffassung dürfte dem Vertragswillen beider Parteien vollauf entsprechen. Strohal[5]) wendet hiergegen ein, die Rückwirkung auf einen vor der Mitteilung liegenden Zeitpunkt sei schon deshalb zu verneinen, weil zu dieser Zeit die Möglichkeit der Genehmigung rechtlich ausgeschlossen war. Diesen Einwand, dem sich auch Siber[6]) anschließt, können wir aber nicht als ein zwingendes Argument gegen die oben vertretene Ansicht anerkennen. Wenn es eine Zeitlang für den Genehmigenden unmöglich war, die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes rückwirkend herbeizuführen, so kann dieser Leerlauf doch kein Hindernis bedeuten, falls die Voraussetzungen für ein Wirksamwerden später gegeben sind. Ähnlich gelagert ist der Fall, daß ein Minderjähriger ohne die erforderliche Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters einen Vertrag abschließt, bald darauf unbeschränkt geschäftsfähig wird und später den von ihm geschlossenen Vertrag gemäß § 108 Abs. III selbst genehmigt. Obgleich der Minderjährige vor Beginn seiner Geschäftsfähigkeit nicht selbst genehmigen konnte, wird man doch nicht behaupten wollen, daß sich die Rückwirkung der Genehmigung nur bis auf den Zeitpunkt des Beginns der Geschäftsfähigkeit erstrecke.

Es ist also noch einmal zu betonen, daß grundsätzlich eine Rückwirkung der Genehmigung stattfindet. Freilich zieht der § 184 selbst gleich die Grenzen, indem nach Abs. I die Rückwirkung entfällt, wenn die Parteien etwas anderes bestimmt haben, oder nach Abs. II das Gesetz selbst die Rückwirkung in gewissen Fällen ausschließt. Dies darf uns aber noch nicht dazu verleiten, mit Strohal[7]) in der all-

[4]) Siber a. a. O. § 415 N. 2.
[5]) a. a. O. S. 446.
[6]) § 415 N. 2.
[7]) a. a. O. S. 447.

seitigen Rückwirkung einen offensichtlichen Widerspruch zu der typischen Absicht der Vertragschließenden zu erblicken. Denn auch wir wollen die Rückwirkung nur insofern allseitig, als sie sich im Rahmen des § 184, d. h. der dort erwähnten rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Grenzen hält.

Weiterhin versucht Strohal[7]) die Möglichkeit einer Rückwirkung der Genehmigung noch weiter einzuschränken, nämlich durch die Betrachtung von Rechtsakten, die in dem Zeitraum zwischen Schuldübernahmevertrag und Genehmigung vorgenommen werden könnten. Gehen solche Rechtsakte vom Gläubiger aus, so erfordern unter ihnen die Verfügungen eine besondere Beachtung. Denn durch Verfügungen, die der Genehmigende vor der Genehmigung getroffen hat, wird die Rückwirkung schon auf Grund des § 184 Abs. II insofern beschränkt, als diese Verfügungen nicht unwirksam werden. Liegt es freilich im Wesen solcher Verfügungen des Genehmigenden, daß sie mit dem in der Schuldübernahme liegenden Zwecke in Widerspruch stehen, so wird infolge Wirksamwerdens der Verfügung für eine Rückwirkung kein Raum mehr sein. Ja man wird sich sogar häufig fragen müssen, ob nach der Verfügung überhaupt noch eine Genehmigung möglich sei, so daß unter Umständen die mangelnde Rückwirkung in der mangelnden Genehmigung ihre Ursache findet. Beispiele mögen dies erläutern: Hat der Gläubiger vor der Genehmigung seine Forderung gegen eine solche des Urschuldners aufgerechnet, so hat er damit bekundet, daß ihm das weitere Fortbestehen seiner Forderung unerwünscht ist, damit doch aber auch das Fortbestehen der Schuld mit einem neuen Schuldner. Anders, wenn der Gläubiger z. B. mit dem Urschuldner eine Abänderung des Zinsfußes der verzinslichen Schuld vereinbart. Soll der Zinsfuß erhöht werden, so liegt hierin keine Verfügung des Genehmigenden, denn wenn auch das Recht verändert wird, so tritt hier doch keine Einbuße an Rechtsmacht für den Gläubiger ein, sondern zu der bisherigen Rechtsmacht tritt noch eine Erweiterung in Gestaltung der Erhöhung des Zinsfußes. Diese Verabredung kann aber schon deshalb die Rückwirkung in keiner Weise beeinträchtigen, weil sie ja den Rahmen der Verpflichtungserklärungen des Übernehmers überschreitet. Anders, wenn der Zinsfuß herabgesetzt wird. Hier verfügt der Gläubiger über seine Forderung und die Verfügung bleibt wirksam. Vom Zeitpunkt des Übernahmevertrages mit dem Urschuldner bis zur Verfügung des Gläubigers ist der Übernehmer verpflichtet, die ursprünglichen, höheren Zinsen zu zahlen. Von diesem Zeitpunkt an die niederen Zinsen. Die Verpflichtungserklärung des Übernehmers bezüglich des höheren Zinsfußes deckt zweifellos auch die Verpflichtung, die niederen Zinsen zu zahlen.

Das in der Literatur häufig angeführte Beispiel einer Kündigung der Forderung durch den Gläubiger bereitet ebenfalls keine Schwierigkeiten. Wir nehmen an, es handele sich um eine Geldschuld, die nur alle sechs Monate auf einen Zeitraum von abermals sechs Monaten gekündigt werden kann. Unmittelbar nach dem Schuldübernahmevertrag habe der Gläubiger wieder einmal die Möglichkeit, die Forderung zu kündigen. Nachdem der Urschuldner den Übernehmer hinsichtlich des Inhaltes der Forderung aufgeklärt hat, muß dieser mit dem Kündigungstermin rechnen und auch mit der Tatsache, daß die Kündigung noch mangels Kenntnis des Gläubigers von der Schuldübernahme an den Urschuldner erfolgt und als Verfügung nach § 184 Abs. II wirksam wird. Diese Möglichkeit wird demzufolge auch von seiner Verpflichtungserklärung gedeckt sein. Will der Übernehmer sich nicht dieser Gefahr aussetzen, d. h. die Geldsumme erst frühestens nach 12 Monaten auszahlen, so muß er eben den Vertrag mit dem Urschuldner erst nach Ablauf des nächst zulässigen Kündigungstermines schließen. Eine wesentliche Eigenschaft der Rückwirkung, nämlich die Verzinsungspflicht vom Abschluß des Übernahmevertrages an, bleibt im obigen Beispiel unberührt. Die in der Zwischenzeit erfolgte Kündigung durch den Gläubiger steht also einer grundsätzlichen Rückwirkung der Genehmigung nicht im Wege.

Anschließend hieran untersucht Strohal[8]) den Fall einer zwischenzeitlichen Mahnung durch den Gläubiger und geht von der Behauptung aus, daß der Übernehmer die in Frage kommende Schuld als eine solche übernehme, die auch während der bis zur Genehmigung durch den Gläubiger verlaufenen Zeit der naturgemäßen Entwicklung fähig ist. Komme daher der Schuldner in Verzug, so träfe den Übernehmer vom Eintritt des Verzuges an die Verpflichtung, die Verzugszinsen zu zahlen. Diese Ansicht läßt sich m. E. nicht halten. Nehmen wir an, es handele sich um einen zahlungskräftigen und -willigen Übernehmer, so wird dieser mit der eventuellen Zusatzverpflichtung, Verzugszinsen zu leisten, kaum einverstanden sein und daher den Vertrag im Zweifel nur unter der Voraussetzung abgeschlossen haben, daß eine Mahnung seitens des Gläubigers unterbleibe. Mangels ausreichender Verpflichtungserklärung des Übernehmers kann daher eine Schuldübernahme nicht zustande kommen, selbst wenn der Gläubiger genehmigen wollte. Dem Umstand, daß die Mahnung des Gläubigers die Möglichkeit einer späteren Genehmigung zerstöre, ist besonders im § 415 Abs. III Rechnung getragen, nach welchem bezüglich der Zeit, während der das Wirksamwerden der Schuldübernahme noch in der Schwebe

[8]) a. a. O. S. 449.

ist und für den Fall einer Verweigerung der Genehmigung seitens des Gläubigers der Übernehmer zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist. Weigert sich hier der Gläubiger, und das tut er, wenn er nicht auf die Folgen der Mahnung verzichtet, den Vertrag so zu genehmigen, wie er geschlossen ist, d. h. unter der Voraussetzung, daß die Verpflichtung des Übernehmers nicht durch die Folgen einer Mahnung eine neue Belastung erfährt, so bringt die nunmehr nach § 415 Abs. III kraft Konversion eintretende Erfüllungsübernahme keine weitere Belastung für den Übernehmer mit sich. Der Übernehmer ist dem Gläubiger gegenüber überhaupt nicht verpflichtet und dem Schuldner gegenüber nur zur Befriedigung des Gläubigers. Verzugszinsen braucht er dem Urschuldner nicht zu zahlen, wenn er selbst nicht mit der Befriedigung des Gläubigers in Verzug ist.

Wie wäre es, wenn eine Schuldübernahme trotz der Mahnung des Gläubigers hätte zustande kommen können? Jeder zahlungskräftige und -willige Schuldner muß doch dem Verzugsstadium ein Ende bereiten können. Dem Gläubiger gegenüber kann der Übernehmer aber nicht leisten, da die Schuldübernahme vor der Genehmigung noch gar nicht wirksam geworden ist. Ebenso unmöglich ist es aber, dem Urschuldner aus der Schuldübernahme zu leisten. Demzufolge ist die oben gekennzeichnete Ansicht Strohals nicht zu billigen.

Gehen im Gegensatz zu den bisher behandelten Fällen Rechtsakte vom Schuldner aus, z. B. kündigt oder rechnet dieser auf, so stehen diese zweifellos im Widerspruch mit den vorherigen Erklärungen des Schuldners im Schuldübernahmevertrag, nach dem ein späteres willkürliches Eingreifen des Schuldners kaum zulässig sein sollte. Solche Rechtsakte bieten keinen Anlaß, die Rückwirkung der erfolgten Genehmigung in irgendeiner Weise zu beschränken, so daß sie nach der Genehmigung als nicht erfolgt gelten. Hierin muß auch Strohal[9] beipflichten.

Es hat sich somit gezeigt, daß der Genehmigung grundsätzlich rückwirkende Kraft innewohnt und wir haben damit ein neues Argument gegen die Angebotstheorie gewonnen. Nach ihr stellt sich, wie bereits erwähnt, die Genehmigung als Antragsannahme dar. Durch eine solche kommt aber jeder Vertrag erst zustande. Somit läßt die Angebotstheorie eine Rückwirkung der Genehmigung nicht zu. Verfehlt sind m. E. die Versuche Hellwigs[10], die Wirkung der rückwirkenden Kraft der Genehmigung auch mit der Angebotstheorie in Einklang zu bringen in dem Sinne, daß die Genehmigung, bei Hell-

[9] S. 449.
[10] Hellwig a. a. O. S. 162.

wig Vertragsannahme, stets mit demjenigen Inhalt erteilt sein müsse, den der Antrag enthalte. Der Inhalt des Antrages aber bestimme sich allerdings nach dem, was von dem Urschuldner und dem Übernehmer in ihrer Verabredung festgesetzt sei. Hier beleuchtet Hellwig jedoch nur den Ursprung des Vertragsinhaltes, der mit der rückwirkenden Kraft nichts zu tun hat.

§ 8.

Die Vertretungstheorie.

Der Angebotstheorie nahe verwandt ist die sog. Vertretungstheorie. Die ihr zugrundeliegende Konstruktion hat Gürgens[1]) schon aushilfsweise neben der Konstruktion der Verfügungstheorie für zulässig erachtet. Doch wurde sie erst von Strohal[2]) unter Bekämpfung der früheren Theorien ausführlich entwickelt. Auch nach der Vertretungstheorie ist der Vertrag des § 415 nichts anderes als ein Unterfall des Vertrages zwischen Gläubiger und Übernehmer, in dem der Urschuldner als Vertreter des Gläubigers, und zwar als vollmachtloser Vertreter auftritt. So Strohal[3]). In dieser Vertreterstellung soll sich die Tätigkeit des Urschuldners erschöpfen, so daß für die Vornahme einer Verfügung durch den Urschuldner oder Übernehmer im eigenen Namen als Nichtberechtigte kein Raum bleibt. Wir haben aber oben bereits das Vorhandensein einer Eigenverfügung festgestellt.

Aber auch die positive Seite der Strohalschen Lehre, nämlich die Konstruktion der Vertreterstellung des Urschuldners, bietet mannigfache Angriffspunkte, die Strohal auch zum großen Teil erkannt und auch zu verteidigen versucht hat. Selbst wenn man Strohals Verteidigung seiner Lehre teilweise den Erfolg nicht absprechen will, so weist doch am Ende das Gesamtbild seiner Konstruktion so erhebliche Verschiedenheiten von dem reinen Vertretungsverhältnis der §§ 164 ff. BGB. auf, daß man seine Theorie als höchst gekünstelt und demzufolge, namentlich auch unter Berücksichtigung seiner Ablehnung der Eigenverfügung, als unbrauchbar bezeichnen muß. Ebenso wie die Angebotstheorie so steht auch die Vertretungstheorie im Widerspruch mit der Regelung des Gesetzes, da sie die Möglichkeit einer Schuldübernahme, die unabhängig von der des § 414 zustandekommen kann, leugnet.

---

[1]) JheringsJ. Bd. 8 S. 271.
[2]) a. a. O. S. 438 ff.
[3]) S. 439.

Im Einzelnen ist folgendes zu bemerken. Zunächst muß Strohal[4]) selbst bekennen, daß in der Schuldübernahme ein ganz normaler Fall stellvertretender negotiorum gestio nicht zu erblicken sei. Hierzu zwingen ihn zwei in § 415 BGB. enthaltene Vorschriften, die dem reinen Vertretungsverhältnis der §§ 164 ff. gegenüber Abweichungen enthalten. Diese Vorschriften sind erstens die schon einmal behandelte Mitteilung und zweitens die bis zur Genehmigung seitens des Gläubigers für Urschuldner und Übernehmer bestehende Befugnis, den Vertrag abzuändern oder aufzuheben. Nach der Bedeutung der Mitteilung forscht Strohal nicht weiter, sondern erblickt in ihrem Erfordernis lediglich eine positive Bedingung des zwischen Urschuldner als Vertreter des Gläubigers und Übernehmer geschlossenen Vertrages. Wenn Strohal[5]) meint, daß sich diese Unregelmäßigkeit auch vom Standpunkt der Verfügungstheorie ergibt, so ist dies richtig. Aber im Gegensatz zur Vertretungstheorie kann das Erfordernis der Mitteilung nach der Verfügungstheorie auch wohl begründet werden, was schon oben geschehen ist. Läßt die Verfügungstheorie die Vereinbarung des § 415 BGB. zunächst nur als Internum zwischen Urschuldner und Übernehmer wirken, so ist dies insofern tragbar, als beide im eigenen Namen handeln und der Gläubiger noch völlig abseits steht. Anders bei Strohal. Hier soll der Gläubiger von Anfang an Vertragspartei sein, dann entbehrt aber ein solches Hindernis für die Genehmigung jedes Grundes.

Gleich störend wirkt in Strohals Bild die Abänderungs- bzw. Aufhebungsbefugnis der Vertragsparteien. Hier unternimmt es Strohal nicht, den Urschuldner als Vertreter des Gläubigers aufzufassen, sondern erkennt in der dem Urschuldner vom Gesetz verliehenen Befugnis ein Eigenrecht des Urschuldners an[6]), was auch richtig ist. Diesen neuen Fremdkörper in dem Vertretungsverhältnis sucht Strohal dadurch unschädlich zu machen, daß er in ihm lediglich eine negative Bedingung des zwischen Urschuldner als Vertreter und dem Übernehmer geschlossenen Vertrages erblickt. Der Gläubiger kann sich also in das von seinem Vertreter abgeschlossene Vertragsverhältnis nur hineinstellen, sofern der Vertreter nicht auf Grund seines Eigenrechtes mit dem Übernehmer rücksichtlich des Vertragsverhältnisses andere Abmachungen trifft.

Auch läßt sich die Bedeutung der in § 415 Abs. I Satz 2 u. 3 enthaltenen Vorschriften nicht dadurch herabmindern, daß man mit

---

[4]) S. 439.
[5]) a. a. O. Anm. 258.
[6]) Strohal a. a. O. S. 442.

Strohal[7]) behauptet, sie seien nur dispositiver Natur. Diese Vorschriften lassen sich freilich umgehen, wenn man ein echtes Vertretungsverhältnis in bezug auf § 414 im Auge hat, das hier konstruktiv ebensogut denkbar ist, wie die Konstruktion eines Angebotes entsprechend der Angebotstheorie, das aber mit dem § 415 nichts zu tun hat. Es ist auch nicht richtig, wenn Strohal meint, daß die Vertragsparteien auf die der Genehmigung vorangehende Mitteilung verzichten können. Zwar wird der Gläubiger dem Vertrag des § 415 auch schon zustimmen können, bevor der Vertrag überhaupt zustandegekommen ist. Die Wirksamkeit des Vertrages tritt dann mit der nachträglichen Mitteilung ein[8]). Unter Umständen wird man aber auch die Wirksamkeit des Vertrages schon mit seinem Zustandekommen billigen können. Freilich muß dann aber dem Gläubiger bereits vor dem Vertragsschluß eine Mitteilung über die bevorstehende Vereinbarung von seiten eines der beiden Vertragschließenden zugegangen sein. So auch die herrschende Meinung[9]). Nie wird man aber auf die vorherige Mitteilung ganz verzichten können. Somit läßt sich m. E. die Tatsache, daß der Urschuldner im Vertrag des § 415 im eigenen Namen handelt, nicht durch eine sog. positive und negative Bedingung bemänteln.

Hierzu kommt ferner, daß die Genehmigung des § 415 gegenüber einer Genehmigung des § 177 erhebliche Verschiedenheiten aufweist. Dies zeigt ein Vergleich des Abs. II des § 177 mit den Bestimmungen der §§ 415, 416. Nach § 415 Abs. I ist der Übernehmer ebenso sehr berechtigt, die Mitteilung an den Gläubiger zu machen, wie der Urschuldner. Erfolgt die Mitteilung durch den Übernehmer und knüpft dieser an die Mitteilung die Aufforderung an den Gläubiger, zu genehmigen, so zieht dies keine andere Rechtsfolgen nach sich, als hätte der Mitschuldner mitgeteilt und aufgefordert, eben nur die Folgen der §§ 415 ff. Man kann auch wohl sagen, daß die Mitteilung zugleich stets eine Aufforderung, zu genehmigen, enthalten wird. Erfolgt nun eine solche Aufforderung seitens des Übernehmers, so müßte nach § 177 Abs. II die Erklärung der Genehmigung auch nur dem Übernehmer gegenüber erfolgen können. Weiter ergibt sich für die Genehmigung nach § 177 Abs. II Satz 2 eine gesetzliche Frist von zwei Wochen. Teilt ferner der Urschuldner mit, fordert aber der Übernehmer später den Gläubiger nochmals auf, zu genehmigen, so müßte nach Abs. II Satz 1 eine dem Urschuldner gegenüber bereits erfolgte Erteilung oder

[7]) a. a. O. S. 445 Nr. 3.
[8]) Endemann I § 153 Anm. 13 c.
[9]) u. a. Enneccerus § 308 Anm. 6; Staudinger Erl. 4, 5 zu § 415; Siber-Planck § 415 Nr. 3.

Verweigerung der Genehmigung wieder unwirksam werden. Alle diese Besonderheiten laufen aber der Regelung der §§ 415 ff. zuwider. Strohal hat dies wohl erkannt[10]), aber darauf verzichtet, sich auf eine Begründung bzw. Rechtfertigung einzulassen. Er will diese wohl gewissermaßen lediglich als vom Gesetz aufgestellte Sonderregelung des reinen Vertretungsverhältnisses kennzeichnen. Dies hieße aber wieder eine neue Unsicherheit in die Theorie des Vertretungsverhältnisses hineintragen, was nur unser ablehnendes Urteil der Vertretungstheorie gegenüber bestärken muß.

§ 9.

Die übergegangene Urschuld als Gegenstand der Verpflichtung des Übernehmers. Die Neuschuld mit der Urschuld identisch.

Haben uns die bisherigen Untersuchungen der einzelnen Theorien noch kein befriedigendes Ergebnis geliefert, so ist andererseits nicht zu verkennen, daß im Streite der Meinungen die einzelnen Wesensmerkmale der Schuldübernahme immer deutlicher zutage traten. Und konnte bislang die rechtliche Natur der im § 415 geregelten Schuldübernahme nicht hinreichend erkannt werden, so ist dies auf den Mangel einer wahren konstruktiven Erfassung der in der Schuldübernahme enthaltenen einzelnen Vorgänge zurückzuführen.

Zur näheren Betrachtung dieser Vorgänge gehen wir von der Wirkung der vollzogenen Schuldübernahme aus. Und da ergibt sich, daß die bisher in der Person des Urschuldners bestehende Verpflichtung nunmehr dem Übernehmer obliegen soll. Der Forderung des Gläubigers steht also nach vollzogener Schuldübernahme eine Verpflichtung des Übernehmers gegenüber. Ebensowenig wie der Urschuldner mit dem Gläubiger einen Vertrag schließen kann, demzufolge die Forderung dadurch verändert werden soll, daß die Schuld auf den Übernehmer übergehe, so kann auch nicht mit einem unbeteiligten Vierten eine Schuldübernahme verabredet werden, der zufolge der Übernehmer gegen seinen Willen belastet werden soll, es sei denn, daß dieser Vierte als Vertreter des Übernehmers handele und dieser genehmige. Somit zeigt sich, daß das wesentlichste Merkmal einer Schuldübernahme, und zwar sowohl einer Schuldübernahme des § 415 wie auch des § 414 die Erklärung des Übernehmers ist, nunmehr selbst Schuldner sein zu wollen.

Gemäß der Erklärung des Übernehmers hält sich sein Leistenwollen in demselben Rahmen wie das Leistensollen des Urschuldners,

[10]) a. a. O. S. 445 Nr. 6.

was sich dadurch rechtfertigt, daß die Schuld des Urschuldners auf den Übernehmer übergeht, so daß die Identität der Schuld aufrechterhalten wird. Wird auch häufig von „alter" Schuld und „neuer" Schuld gesprochen, so darf doch diese Terminologie nicht den Gedanken aufkommen lassen, als sei die Schuld des Übernehmers eine andere als die des Urschuldners. Hiergegen ist von Sohm und besonders energisch von Strohal[1]) Widerspruch erhoben worden. Ihrer Meinung nach begründe die Schuldübernahme eine neue Schuld des Übernehmers. Sohm behauptet, daß in der Schuldübernahme nie eine Verfügung, sondern nur ein Verpflichtungsgeschäft erblickt werden könne, das demzufolge notwendig auch eine neue Schuld begründen müsse. Strohal hingegen versucht seine Ausführungen mit Hilfe der germanistischen Lehre von Schuld und Haftung zu erhärten. Den wichtigsten Faktor der Schuld erblickt Strohal in der durch die Person des Schuldners vermittelten Vermögenshaftung. Würde die Haftung des Urschuldners durch die Haftung des Übernehmers ersetzt, so erwachse damit auch dem Gläubiger ein neuer Anspruch und dementsprechend entstehe auch eine neue Schuld. Während die Urschuld den Tatbestand als Entstehungsgrund haben solle, vermöge dessen der Urschuldner persönlicher Schuldner geworden war, bilde der Verpflichtungswille des Übernehmers im Schuldübernahmevertrage den Entstehungsgrund für die Neuschuld. Die neue und die ursprüngliche Schuld beruhen daher nicht auf demselben Tatbestand, sondern die causa des Anspruches gegen den Altschuldner sei für den Übernehmer nur insofern von Bedeutung, als sich nach ihr dasjenige bestimme, worauf er verpflichtet sei und wofür er zu haften habe. Hierzu ist zu bemerken, daß für jedes Schuldverhältnis ohne Zweifel die Vermögenshaftung von erheblicher Bedeutung ist, insofern als das Schuldverhältnis unseres heutigen Rechtes durch die Verbindung des Bekommensollens auf seiten des Gläubigers mit dem Leistensollen des Schuldners und mit der Haftung des schuldnerischen Vermögens charakterisiert wird. Es ergibt sich aber hieraus nur die Folgerung, daß eine Forderung ohne Vermögenshaftung undenkbar ist, nicht aber folgt, daß die Auswechslung einer Haftung auch eine neue Forderung entstehen läßt. Man kann daher wohl mit Knoke[2]) behaupten, dessen Ausführungen ich hier gefolgt bin, daß für den Begriff des Schuldverhältnisses das Leistensollen das erste, die Haftung hingegen das zweite sei[3]). Es ist somit aus der Tatsache, daß bei der

---

[1]) Sohm, Gegenstand S. 25 ff., 47 ff.; Strohal a. a. O. S. 251 ff. und Schuldpflicht und Haftung.

[2]) Die Sondernachfolge in die Schuld, in JheringsJ. Bd. 60 S. 411.

[3]) Ähnlich Gierke a. a. O. S. 41.

Schuldübernahme das haftende Vermögen wechselt, kein Argument gegen die Identität der Schuld zu entnehmen[4]).

Es kann aber noch auf andere Weise leicht die Unrichtigkeit der von Strohal aufgestellten These dargetan werden. Nach ihr dürfte auch bei der Erbfolge keine Sukzession in die Schulden des Erblassers stattfinden, da der Erbe ja nicht allein mit dem ererbten Vermögen, sondern auch mit seinem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten des Erblassers haftet. Haftet so zwar das bisherige Vermögen des Erblassers, nachdem es auf den Erben übergegangen ist, weiter, so haftet doch auch grundsätzlich neues Vermögen. Insofern liegt hier eine Haftungsverwandlung vor. Man müßte also dann zu dem Ergebnis gelangen, daß es bei der Erbfolge keine Schuldnachfolge gäbe, was aber Strohal selbst verwirft[5]). Auch die Unbrauchbarkeit der römischen Vorstellung, daß der Erbe die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers fortsetze, bestätigt Strohal[6]). Dies hieße auch das bisherige Vermögen des Erben nunmehr zum Vermögen des Erblassers zu erklären. Nicht weniger verfehlt wäre die Ansicht, daß bei der Erbfolge die ursprüngliche Schuld lediglich auf der Grundlage des engen Zusammenhanges mit dem bisherigen Haftungsobjekt bestehen bleibe und demzufolge eine Sukzession auf den Erben doch stattfinde. Dann müßte aber die Haftung des Erben mit seinem bisherigen Vermögen eine besondere Haftung sein. Entsprechend der Vorstellung von zwei haftenden Vermögen müßte stets eine separatio bonorum bestehen, während nach unserem Gesetz diese nur in ganz bestimmten Fällen stattfindet. Auch müßte man, da doch jeder Vermögenshaftung eine Forderung entspricht, bei dem Erbfall dem Erbschaftsgläubiger zwei Forderungen zusprechen, wenn wirklich zwei Vermögenshaftungen vorliegen sollen. Dies zeigt aber die Unhaltbarkeit der Auffassung Strohals[7]).

Für die Gewinnung einer befriedigenden Lösung unserer Frage nach einer Sondernachfolge in die Schuld erscheint es m. E. wenig fruchtbar, die zur Analyse des Schuldverhältnisses erforderlichen grundlegenden Begriffe aus den Auffassungen eines früheren Rechtes heraus zu entwickeln. Vielmehr läßt sich eine brauchbare Lösung nur dadurch erzielen, daß wir hier die für die Schuldübernahme geltenden Rechtssätze einer genauen Prüfung in bezug auf unsere Frage unterziehen. Sollte sich dann ergeben, daß diese Rechtssätze sich durch das Bild einer Identität der Schuld ausdrücken lassen, so können wir ohne Bedenken diese Identität bejahen. Denn ein Rechtsbegriff kann uns nur

[4]) Gegen Strohal auch ausführlich Enneccerus § 308 Anm. 1.
[5]) a. a. O. S. 264 ff.
[6]) S. 264 Anm. 47.
[7]) Vgl. auch Knoke a. a. O. S. 412 und Gierke a. a. O. S. 45.

dann als brauchbar erscheinen, wenn er sich aus den geltenden Rechtssätzen ableiten läßt[8]).

§ 415 BGB. sieht nun den Erfolg der Schuldübernahme darin, daß der Übernehmer „an die Stelle" des Urschuldners tritt, also doch eine bereits vorhandene Schuldnerposition übernimmt. Weit umständlicher wäre die Vorstellung, daß der Übernehmer eine neue Schuld begründe, durch die die Schuld des Urschuldners ersetzt wird.

Weiterhin kann der Übernehmer nach § 417 Abs. I dem Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, welche sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben. Hatte also der Urschuldner ein Recht, dem Gläubiger die Leistung zu verweigern, so kann nunmehr der Übernehmer dieses Recht geltend machen. Am einfachsten und faßlichsten erklärt sich dies daraus, daß die Einrede eines solchen Leistungsverweigerungsrechtes ihre rechtliche Grundlage in dem Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Urschuldner findet. Wolle man dagegen in dem Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Übernehmer die Quelle der dem Übernehmer zustehenden Einreden erblicken, so müßten dem Übernehmer dann doch andere Einwendungen zustehen, als dem Urschuldner. Nur daß zwischen beiden Arten Inhaltsgleichheit bestände. Die Deutung des § 417 Abs. I, daß die vom Übernehmer geltend zu machenden Einreden mit den bisher dem Urschuldner zustehenden identisch seien, verdient zweifellos den Vorzug.

Ferner weist Siber[9]) richtig darauf hin, daß im Falle einer Schuldersetzung der Gläubiger sich in einer bedeutend ungünstigeren Lage befände, als im Falle einer Schuldnachfolge. Denn ihm stände nicht mehr die Einrede des nicht erfüllen Vertrages zu, falls der Urschuldner von ihm Leistung fordere, denn aus dem Rechtsverhältnis mit dem Urschuldner hat der Gläubiger nichts mehr zu fordern, da der Urschuldner seiner Pflicht durch Einsetzung der neuen Schuld nachgekommen ist, und das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Übernehmer geht den Urschuldner nichts an. Aus dem gleichen Grunde könnte der Gläubiger nicht gemäß § 326 zurücktreten, falls der Übernehmer mit seiner Leistung in Verzug ist. Und endlich wäre der Gläubiger nicht von der ihm obliegenden Leistungspflicht befreit, falls die vom Übernehmer geschuldete Leistung gemäß § 323 BGB. untergeht. Derartige Folgerungen will das Gesetz aber in keiner Weise zulassen und nach dem bisher Erörterten werden wir an der Vorstellung einer Schuldnachfolge festzuhalten haben.

---

[8]) Leonhard a.a.O. S. 660, 695.
[9]) a.a.O. Vorb. 1 bβ S. 592 zu § 414.

§ 10.

Die Doppelgeschäftstheorie.

Steht nunmehr fest, daß die Identität der Schuld durch die Schuldübernahme nicht berührt wird, so bleibt ferner zu untersuchen, auf Grund welcher Vorgänge die Schuld in der Person des Übernehmers wiedererersteht. Die Erklärung des Übernehmers, die Schuld zu übernehmen, kann tatbestandsmäßig nur eine Verpflichtungserklärung sein, und in der Tat werden wir ohne Schwierigkeiten in der Vereinbarung des § 415 ein Verpflichtungsgeschäft des Übernehmers erkennen können. In der Würdigung dieser Verpflichtung, die unter Berücksichtigung der gleichfalls bestehenden Verfügung scharf das in der Schuldübernahme bestehende Doppelgeschäft charakterisiert, liegt der wesentliche Unterschied zwischen der Doppelgeschäftstheorie und der Verfügungstheorie.

Nur sehr zaghaft und nicht immer klar umrissen, konnte diese Erkenntnis in der Rechtswissenschaft Aufnahme gewinnen. Man gab wohl zu, daß die Schuldübernahme auch eine Verpflichtung enthalte, ließ es aber an einer gründlichen Darstellung der ihr innerhalb der Schuldübernahme zukommenden Bedeutung fehlen. Allgemeine Anerkennung ist dieser Theorie jedoch auch heute noch nicht zuteil geworden. Von manchen Anhängern der Verfügungstheorie wird das Vorhandensein einer Verpflichtung ausdrücklich bestritten.

So z. B. leugnet Oertmann[1]) einen Verpflichtungsakt bei der Schuldübernahme, da ein solcher inhaltlos wäre, denn objektiv entstehe gar keine neue Schuld, und nur die Person des Pflichtigen ändere sich subjektiv. Ferner sei den Verpflichtungsgeschäften die Spannung zwischen dem, was geschehen soll, und dem, was wirklich geschieht, wesentlich, während der Rechtserfolg der Schuldübernahme sofort eintrete, da der Effekt des Aktes, die Verschiebung der Schuldnerperson, unmittelbar erfolge. Demgegenüber erwidert Leonhard[2]) zutreffend, daß in der Tat keine neue Schuld entstehe, sondern nur die Person des Pflichtigen sich ändere, daß aber immerhin die in der Person des Übernehmers wieder erstehende Schuld hierzu auch einer neuen Begründung bedürfe, und diese liege eben in der Verpflichtungserklärung. Man kann Oertmann wohl zustimmen, wenn er meint, daß die Schuldnerverschiebung sofort und unmittelbar eintrete, abgesehen von der Rechtsbedingung der Genehmigung. Durch die Person des Urschuldners war

---

[1]) Oertmann a. a. O. Vorb. 5 zu § 414.
[2]) a. a. O. S. 690.

aber dem Gläubiger gegenüber eine Spannung zwischen einem Sollen und wirklichen Geschehen in der Gestalt der Urschuld vermittelt. Soll eine Umwechslung der Schuldner geschehen, dann muß folgerichtig diese Spannung eben auch wieder in der Person des Übernehmers begründet werden.

Wiederum konnten sich andere Schriftsteller der Erkenntnis, daß die Vereinbarung des § 415 ein Verpflichtungsgeschäft des Übernehmers enthalte nicht verschließen, unterließen es aber, die diesem Verpflichtungsgeschäft zukommende Bedeutung anzuerkennen und insbesondere seine selbständige Stellung innerhalb des Schuldübernahmevertrages zu würdigen.

In der Kritik der Ausführungen Strohals bekennt Gierke[3]), daß die Schuldübernahme sowohl des § 414, wie des § 415 von selbst ein Verpflichtungsgeschäft einschließe, weil der Übernehmer mit der Aneignung der Schuld zugleich erkläre, für dieselben haften zu wollen. Es bedürfe hier aber keiner besonderen Verpflichtungserklärung, da aus der Aneignung der Schuld von Rechts wegen die Verpflichtung folge. Mit dem Begriff einer „Aneignung der Schuld" seitens des Übernehmers verbindet wohl Gierke an anderer Stelle[4]) ein „Einschieben der Schuldnerschaft" in die Forderung. Beide Begriffe erscheinen aber unklar und farblos, da sie kein anschauliches Bild von dem rechtlichen Vorgang bieten, der sich in dem Verpflichtungsgeschäft abspielt. Auch erweckt es den Anschein, als geschehe dieses Aneignen bzw. Einschieben im Rahmen des Verfügungsaktes und läge darin die von Gierke hervorgehobene Eigenartigkeit des Verfügungsgeschäftes. Andererseits sieht aber Gierke in der Verfügung einen unselbständigen Bestandteil des auf Schuldübergang gerichteten Vertrages. Also muß dieser Vertrag doch noch einen anderen Bestandteil aufweisen. Und diesen erblicken wir eben in dem durch die Verpflichtungserklärung begründeten Verpflichtungsgeschäft. Dementsprechend ist auch Gierkes Angriff gegen Strohals[5]) Behauptung, daß das selbständige Verpflichtungsgeschäft Haftungsgrund sei, unberechtigt Wobei aber ausdrücklich betont werden muß, daß das Verpflichtungsgeschäft lediglich auf Übernahme einer bereits bestehenden Schuld gerichtet ist und nicht, wie Strohal meint, eine von der Urschuld verschiedene Schuld entstehen läßt.

Eine Andeutung der Verpflichtungserklärung des Übernehmers enthalten die Ausführungen Manigks[6]). Nach der Verfügungstheorie

[3]) a. a. O. S. 50.
[4]) a. a. O. S. 54 Anm. 1.
[5]) a. a. O. S. 385.
[6]) a. a. O. S. 373.

werde im Falle des § 415 der Vertrag lediglich zwischen Übernehmer und Schuldner geschlossen und zwar dahin, daß Schuldner ausscheide und Übernehmer eintrete. Weil dieser Vertrag aber nur zwischen den Parteien wirken kann, habe sich der Übernehmer nur dem Schuldner gegenüber zur Leistung verpflichtet.

In ähnlichem Sinne entscheidet Cosack[7]), ohne jedoch zu der strittigen Rechtsnatur der Schuldübernahme insbesondere durch Entscheidung für eine der hier behandelten Theorien Stellung zu nehmen. Nach seiner Ansicht bedeutet die Schuldübernahme erstens die Entlastung des Urschuldners und ist insofern Verfügung und zweitens Belastung des Neuschuldners mit eben dieser Schuld (der Urschuld) und ist insofern ein Verpflichtungsgeschäft. Demgemäß unterliegt er (der Schuldübernahmevertrag) sowohl den für schuldrechtliche Verfügungen wie den für Verpflichtungsgeschäfte geltenden Allgemeinen Regeln.

Weit sicherer trifft den Kern der Sache Titze[8]). Seiner Meinung nach wird bei der zweigliedrigen Schuldübernahme der Vertrag zwischen altem und neuem Schuldner abgeschlossen: der Übernehmer verspricht dem Urschuldner, dessen Schuld an den Gläubiger zu zahlen (Verpflichtungsgeschäft zugunsten eines Dritten) und beide vereinbaren die Befreiung des bisherigen Schuldners von seiner Verbindlichkeit. Mit der letzten Abrede verfügen sie als Nichtberechtigte über das dem Gläubiger zustehende Forderungsrecht (§ 185).

Freilich steht mit dieser Ansicht die Bestimmung des § 417 Abs. II nicht im Einklang, was auch Titze in seiner Ausführung erkennt und worauf noch einzugehen ist. Titze weist darauf hin, daß in diesem Punkte der Vertrag zugunsten eines Dritten, der nach der oben ververtretenen Konstruktion in der zweigliedrigen Schuldübernahme einbeschlossen liegt, von dem gewöhnlichen Typus jener Verträge abweicht, die dem § 334 unterliegen.

Endlich betont Leonhard[9]) nachdrücklichst den Charakter des in der Vereinbarung des § 415 enthaltenen Doppelgeschäftes und unterscheidet in der Schuldübernahme zwei scharf zu trennende Elemente, nämlich die Verpflichtung und die Schuldänderung. In Würdigung dieser scharfen Trennung des Verpflichtungsgeschäftes von dem Verfügungsgeschäft dürfte in der Tat das Wesen der Schuldübernahmevereinbarung des § 415 BGB. klar erkannt sein. Es bleibt nur noch die Frage nach der Konstruktion des Verpflichtungsgeschäftes zu lösen.

Der Empfänger der vom Übernehmer abgegebenen Willenserklärung beim Abschluß des Verpflichtungsgeschäftes ist in gleicher Weise

[7]) a. a. O. Bd. I § 177 Ia.
[8]) a. a. O. S. 78, 2.
[9]) Leonhard S. 690 ff.

wie beim Verfügungsgeschäft der Urschuldner und nicht etwa der Gläubiger. Wie sich bei der Kritik der Vertretungstheorie gezeigt hat, tritt der Urschuldner hier nicht als Vertreter des Gläubigers auf. Andererseits soll doch eine Fremdwirkung erzeugt werden, denn dem Gläubiger soll nunmehr die Forderung gegen den Übernehmer zustehen. Mit anderen Worten soll aus dem zwischen Urschuldner und Übernehmer vereinbarten Verpflichtungsgeschäft ein Recht zugunsten des Gläubigers entstehen. Ebenso Titze[10]). Desgleichen weist Leonhard[11]) auf die Möglichkeit einer solchen Konstruktion hin.

Demgegenüber hat Werner[12]) eingewandt, man könne den Schuldübernahmevertrag deshalb nicht als einen Vertrag zugunsten Dritter auffassen, weil der Gläubiger durch die befreiende Schuldübernahme nicht nur begünstigt, sondern auch belastet wird, da er ja sein Recht gegen den ursprünglichen Schuldner verliere. Es soll ja aber auch gar nicht der gesamte Schuldübernahmevertrag in die Form eines Vertrages zugunsten Dritter gekleidet werden, obwohl eine solche Vorstellung bereits schon einmal während der Geltungszeit des gemeinen Rechtes vertreten worden ist[13]). Vielmehr handelt es sich hier lediglich um die Neuanknüpfung des obligatorischen Bandes, durch das der Übernehmer gebunden wird.

Gegen eine solche Möglichkeit wendet sich wiederum Siber[14]), indem er sich auf gesetzliche Bestimmungen der in §§ 328 ff. geregelten Materie der Verträge zugunsten Dritter beruft, die mit den Vorschriften der §§ 414 ff nicht in Einklang zu bringen sind. Wenn man sich aber vor Augen hält, daß diese Bestimmungen ja nur für rein selbständige und insbesondere neu entstehende Verpflichtungen gelten, hier in unserem Falle dagegen die Verpflichtung des Übernehmers in engster Koppelung mit der neben ihr herlaufenden Verfügung vollzogen wird und zudem nicht eine neu entstehende Schuld zum Gegenstand hat, sondern auf Wiederbegründung einer bereits vorhandenen Schuld gerichtet ist, so werden uns diese Abweichungen erklärlich erscheinen und wir werden dieser Konstruktion unsere Billigung nicht zu versagen brauchen.

Siber weist zunächst auf den offenen Widerspruch zwischen den §§ 334 und 417 Abs. II hin. Nach § 334 stehen dem Versprechenden dem Dritten gegenüber die Einwendungen zu, die sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Versprechensempfänger ergeben,

---

[10]) a. a. O. S. 78, 2.
[11]) a. a. O. S. 689 u. 350.
[12]) Werner-Staudinger § 415 II, 3; ebenso Strohal a. a. O. S. 414.
[13]) Vgl. Windscheid, Pandekten Bd. II § 338 Anm. 11.
[14]) a. a. O. § 415, 1 a γ Mitte.

während nach § 417 Abs. II der Übernehmer dem Gläubiger Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Urschuldner nicht entgegensetzen kann. Dieser Zwiespalt findet seine Begründung darin, daß der Übernehmer neben der Verpflichtung gleichzeitig über die Forderung des Gläubigers in dem Sinne verfügt, daß er in die bestehende Schuld eintreten soll. Da hierdurch die Schuld nicht zerstört wird, werden auch die bisherigen Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis der übernommenen Schuld nicht verkürzt. Dem Gläubiger kann aber nicht zugemutet werden, daß er nunmehr den Einwendungen aus zwei verschiedenen Rechtsverhältnissen ausgesetzt sein soll. Unter solchen Umständen wird er seine Genehmigung schwerlich erteilen.

Weiter bemängelt Siber, daß der Dritte das Recht aus einem Vertrage zugunsten Dritter unmittelbar erwerbe, falls er es nicht gemäß § 333 BGB. zurückweise. Der Erwerb des Rechtes aus einem Vertrage zugunsten Dritter bedürfe also nicht der Genehmigung des Gläubigers, während die Wirkung der Schuldübernahme von der Genehmigung des Gläubigers abhängt. Ausdrücklich soll es aber nach § 328 Abs. II BGB. aus dem Zweck des Vertrages zu entnehmen sein, ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen soll. Da nach unserer Auffassung die Verpflichtung nur zugleich mit der Verfügung Wirksamkeit erhalten soll, d. h. der Übernehmer nur dann verpflichtet sein will, wenn der Gläubiger den Urschuldner freiläßt, so folgt daraus, daß das Recht des Gläubigers gegen den Übernehmer auch erst mit der Genehmigung der Verfügung wirksam werden kann.

Die besondere Stellung, die die Verpflichtung innerhalb des § 415 einnimmt, ermöglicht es auch, ein praktisches Bedenken, das man gegen die gesetzliche Regelung der Schuldübernahme hatte, zu beseitigen. v. Blume bezeichnete die gesetzliche Regelung des § 415 als untragbar, da der Übernehmer sich bedingungslos dem Gläubiger ausliefere, weil ihm die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, die ihm dem Urschuldner gegenüber zusteht, dem Gläubiger gegenüber gemäß § 417 Abs. II versagt ist. Um diesem Übelstand abzuhelfen, empfehlen Regelsberger und andere Anhänger der Verfügungstheorie[15]) dem Übernehmer die Aufnahme einer Vertragsbestimmung des Inhalts, daß der Schuldner zur Mitteilung an den Gläubiger erst nach Erfüllung seiner Vertragspflichten dem Übernehmer gegenüber befugt sein solle. Eine solche Notwendigkeit dürfte aber nur den wenigsten Vertragschließenden bekannt sein, und da in der Regel eine Vertragsbestimmung nicht vereinbart wird, so werden dem Übernehmer die aus dieser Unterlassung ent-

---

[15]) Regelsberger in JheringsJ. Bd. 39 S. 480; Enneccerus a. a. O. § 308 Anm. 19; Gierke, Dtsch. PrivR. S. 224 Anm. 49.

stehenden Nachteile nicht erspart bleiben. Die Doppelgeschäftstheorie ist jedoch in der Lage, diese Schwierigkeiten weit einfacher zu beseitigen. Man kann wohl unterstellen, daß die Verpflichtung des Übernehmers von der im Übernahmevertrag begründeten Verpflichtung des Urschuldners abhängig sein soll, während die in der Verfügungserklärung gewollte Schuldänderung von solcher Abhängigkeit unberührt bleibt, da sie grundsätzlich herbeigeführt werden soll. Die Willenserklärung des Übernehmers wird stets so auszulegen sein, daß der Übernehmer erst verpflichtet sein will, nachdem er z. B. das Haus erhalten oder das Geschäft übernommen hat. Es läßt sich eine solche Deutung auf den Umstand stützen, daß sich der Deutsche in der Sprache des täglichen Lebens fast ausnahmslos des Präsens bedient, wenn er im Futurum reden müßte. Erklärt also der Übernehmer, daß er die Schuld des Urschuldners übernimmt, so will er damit sagen, daß er sie übernehmen wird, sobald der Urschuldner seiner Verpflichtung nachgekommen sein wird[16]). Dies ist nicht so zu verstehen, daß der Übernehmer erst nach erfolgter Leistung des Urschuldners eine Verpflichtungserklärung abgeben will. Vielmehr ist diese bereits schon mit der Verfügungserklärung abgegeben und nur ihre Wirksamkeit ist durch die Bedingung gehemmt, daß der Urschuldner seiner Leistungspflicht genüge. Weigert sich daher der Übernehmer, dem Gläubiger die Schuld zu zahlen, weil ihm der Urschuldner noch nicht geleistet hat, so will er damit nicht etwa eine Einrede aus dem Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Urschuldner geltend machen, was ja nach § 417 Abs. II unzulässig wäre, sondern er will sich hier auf Bedingungsrecht berufen. Diese Vorstellung setzt jedoch voraus, daß man ein Verpflichtungsgeschäft des Übernehmers anerkennt. Denn die Schuldabänderung als Verfügungsgeschäft soll nach dem Willen der Parteien, wie schon oben gesagt, unbedingt stattfinden.

Endlich wäre noch über die Form des Schuldübernahmevertrages zu sprechen. Eine positive Vorschrift, daß eine bestimmte Form beim Abschluß der Vereinbarung gewahrt werden müsse, enthält das Gesetz nicht. Grundsätzlich kann der Vertrag somit formlos geschlossen werden. Schwieriger gestaltet sich die Frage, wenn das Rechtsverhältnis der Urschuld einer Form genügen mußte. Was das Verpflichtungsgeschäft des Übernehmers anlangt, so wird man nicht ohne weiteres behaupten können, daß dieses stets derselben Form bedürfe wie das Verpflichtungsgeschäft des Urschuldners. Denn beide Verpflichtungsgeschäfte haben nicht die gleichen Voraussetzungen, da der Urschuldner durch seine Verpflichtung eine Schuld begründen, der Über-

[16]) So Leonhard a.a.O. S. 691.

nehmer hingegen nur eine bereits bestehende Schuld übernehmen will[17]). Es erscheint vielmehr notwendig, bei den einzelnen Fällen aus dem jeweiligen Zweck der Formvorschrift zu folgern, ob diese Formbedürftigkeit auch bei der Schuldübernahme gegeben ist. Wird eine Formvorschrift mit Rücksicht auf den Gegenstand der Verpflichtung für erforderlich erachtet, so erscheint es gerechtfertigt, diese Formvorschrift auch auf die Schuldübernahme auszudehnen. Als Beispiel hierfür möge die Verpflichtung zu einer Grundstücksübereignung dienen. Eine solche Verpflichtung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Diesen Beurkundungszwang verlangt man hier ohne Zweifel mit Rücksicht auf die Gefährlichkeit und Wichtigkeit des Grundstücksübertragungsgeschäftes. Wie dies für die Schuldbegründung gilt, so muß diees folgerichtig auch für die Übernahme der Schuld gelten. Anders, wenn die Formvorschrift die Aufgabe erfüllen soll, den Schuldner zur gründlichen Nachprüfung der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit seines Geschäftes anzuhalten, wie z. B. bei der Abgabe eines Schenkungsversprechens. Nun ist zwar auch bei der Schuldübernahme nur von einer einseitigen Verpflichtung des Übernehmers die Rede, ohne daß für die Schuldübernahme schlechthin eine Form gefordert wird. Dies beruht aber darauf, daß der Schuldübernahmevertrag in der Regel Bestandteil eines gegenseitigen Vertrages zwischen Urschuldner und Übernehmer sein wird. Für den Übernehmer wird es somit in der Mehrzahl der Fälle vom wirtschaftlichen Standpunkt aus völlig bedeutungslos sein, ob er eine Kaufpreis-, Darlehens- oder Schenkungsschuld übernimmt, während die Formvorschrift für das Schenkungsversprechen doch gerade dazu dient, den Schuldner vor einer Belastung zu schützen, die nicht wirtschaftlicher Handlungsweise entspricht.

Das Verfügungsgeschäft kann hingegen in allen Fällen formlos geschlossen werden, da jene Formvorschriften sich nur auf Verpflichtungen beziehen. Übernimmt z. B. der Übernehmer die Verpflichtung des Urschuldners, dem Gläubiger ein Grundstück zu übertragen, so bedarf nur die Verpflichtungserklärung der Form, während die Verfügungserklärung über die Änderung der Schuld formfrei bleiben kann, denn in ihr verpflichtet sich keiner. Praktische Bedeutung dürfte dieser letzten Unterscheidung nicht zukommen. Denn wenn der Übernehmer beurkunden läßt, daß er mit dem Urschuldner vereinbart, gegen Zahlung einer bestimmten Geldsumme die Schuld des Urschuldners, die die Übertragung eines Grundstückes auf den Gläubiger zum Gegenstand hat, zu übernehmen, so ist damit neben dem Verpflichtungs-

[17]) Vgl. auch Reichel a. a. O. S. 198 ff.

geschäft auch das Verfügungsgeschäft in beurkundeter Form abgeschlossen.

Ähnlich äußert sich über den Formzwang Siber[18]). Von ihrem Standpunkt aus folgerichtig jeden Formzwang ablehnend verhalten sich Gierke und Oertmann[19]), da sie ein selbständiges Verpflichtungsgeschäft des Übernehmers nicht anerkennen. Dieser Auffassung schließt sich auch Strohal[20]) an, obgleich es mit seiner Auffassung von der Rechtsnatur des Schuldübernahmevertrages nicht zu vereinbaren ist. Denn die Verpflichtung des Übernehmers erzeugt seiner Ansicht nach stets eine neue Schuld und daher müßte doch zur Begründung dieser neuen Schuld auch stets die entsprechende Form gewahrt werden.

---

[18]) a. a. O. Vorb. 1 e zu § 414.
[19]) Gierke a. a. O. S. 50 Anm. 3; Oertmann § 414 Vorb. 6.
[20]) a. a. O. S. 393.

Lebenslauf.

Ich, Hans Gerber, bin am 14. April 1905 in Grimma in Sachsen geboren als Sohn des Dr. Ulrich Gerber, Leiters der volkswirtschaftlichen Abteilung des Reichslandbundes in Berlin, und seiner Ehefrau Margarete Gerber, geb. Rausch.

In Berlin-Steglitz besuchte ich zunächst das Gymnasium, später die Privatschule des Dr. I. N. Eckes in Steglitz und danach das Realgymnasium zu Berlin-Lankwitz, an dem ich am 21. März 1925 die Reifeprüfung bestand.

Vom Sommersemester 1925 bis zum Wintersemester 1926/27 studierte ich Rechtswissenschaft in Marburg, im Sommersemester 1927 in München und vom Wintersemester 1927/28 bis zum Wintersemester 1928/29 wieder in Marburg.

Am 5. Juli 1929 bestand ich in Kassel die erste juristische Staatsprüfung und am 27. Mai 1930 die Doktorprüfung vor der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät in Marburg.